

## Sensorveiledning JUS2211 - Høst 2020

### Innledning

Eksamensoppgaven er en praktikumsoppgave i to deler som skal besvares i løpet av fire timers hjemmeeksamen. Den reiser spørsmål innen forvaltningsrett, miljørett og EØS-rett. Læringskrav og litteratur er nærmere omtalt på fakultetets hjemmesider, jf henholdsvis <https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS2211/laringsutbytte/> og [https://bibsys-k.alma.exlibrisgroup.com/leganto/readinglist/lists/10753995830002204?institute=47BIBSYS\\_UBO&auth=SAML](https://bibsys-k.alma.exlibrisgroup.com/leganto/readinglist/lists/10753995830002204?institute=47BIBSYS_UBO&auth=SAML). De fleste av oppgavens spørsmål gjelder områder hvor studentene skal ha god forståelse. Samtidig reiser oppgaven en rekke spørsmål som umiddelbart er verken enkle å identifisere eller besvare. En vesentlig del av testen består slik sett i å finne frem til de rettsspørsmål oppgaven reiser og strukturere oppgaven på en oversiktlig måte. I vurderingen brukes den ordinære karakterskalaen A-F.

Del II er langt mer omfattende enn del I. Del I gjelder i tillegg et spørsmål som kandidatene skal være godt kjent med. I den samlede bedømmelsen bør det derfor legges hovedvekt på hva studentene evner å prestere på del II.

Ettersom eksamen avholdes hjemme, vil studentene ha tilgang på alle rettskilder. Dette kan umiddelbart fremstå som en fordel, men erfaringsvis vil de som foretar grundige kildesøk kunne få problemer innenfor eksamensoppgavens stramme tidsramme. Vi kan imidlertid forvente at studentene lettere finner frem til aktuelle bestemmelser, samt sentrale uttalelser i forarbeider og rettspraksis. Ettersom oppgaven er omfattende, vil den være egnet til å teste ut studentenes paratkunnskap. De som har god kjennskap til de rettsspørsmålene oppgaven reiser vil lettere og raskere finne frem til det relevante rettskildegrunnlaget.

Sensorveiledningen er ment å ta opp de fleste spørsmål studentene kan tenkes å behandle. Oppgaven er omfattende, og det kan ikke forventes at studentene ser eller behandler alle de spørsmålene som diskuteres i denne veiledningen. I bedømmelsen av besvarelsene er det viktig å ta hensyn til at studentene bare har fire timer til disposisjon. Det er derfor ikke mulig å behandle alle spørsmål like grundig, og de aller fleste vil overse noe. Gjennomgangen nedenfor går følgelig langt utover de kravene man kan stille til besvarelsene. Erfaringsutvekslingen på sensormøtet 5. januar viser at det er tale om en krevende oppgave. Dette gjelder særlig de delene som gjelder plan- og bygningsloven og naturmangfoldloven.

Den ekstraordinære situasjonen som følge av Covid-19 har betydning både for undervisningssituasjon, eksamensform og bedømmelse dette semesteret. Mange studenter har ikke hatt samme mulighet for interaksjon med hverandre, og med fagpersoner på fakultetet. All undervisning dette semesteret har skjedd digitalt. Den 20. november 2020 ble følgende beslutning truffet på dekanmøtet:

*Pandemien har gjort den generelle studiesituasjonen svært krevende dette semesteret. Karaktersettingen skal ta hensyn til dette. Enhver tvil om karakteren skal falle ut til kandidatens fordel.*

Sensorveiledningen er skrevet før sensormøtet er avholdt, og den vil muligens bli oppdatert på grunnlag av innspill fra sensorene.

På sensormøtet orienterte faglig eksamensleder om at det umiddelbart etter eksamen kom reaksjoner fra kandidatene om at oppgaven var for omfattende og at mange fikk tidsnød. På sensormøtet var det enighet blant sensorene om at oppgaven er omfattende og at det skulle tas hensyn til dette ved bedømmelsen.

## Del I

Del I av oppgaven reiser et klassisk spørsmål innenfor den generelle forvaltningsretten, nemlig spørsmål om rettslig klageinteresse. Temaet faller innenfor de læringskravene hvor studentene skal ha god forståelse, og etter min mening bør vi kunne forvente gode besvarelser her.

Studentene skal se at det er to klagere, hvor spørsmålet om kommunens avvisningsvedtak må drøftes særskilt for hver av dem. Det fremgår av faktum at kommunens avvisningsvedtak skjedde under henvisning til manglende, rettslig klageinteresse. Andre avvisningsgrunner bør derfor ikke drøftes.

Den gode besvarelse innleder ved å vise til at vi står overfor vedtak om reguleringsplan, og at dette er et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand. Det fremgår uttrykkelig av plan- og bygningsloven § 12-12 tredje ledd at «Kommunestyrets endelige vedtak om reguleringsplan kan påklages, jf. § 1-9». Det bør ikke gis trekk dersom denne bestemmelsen ikke er behandlet, men studenter som ser bestemmelsen bør honoreres.

Det kan forventes at en del studenter vil drøfte om reguleringsplan er et enkeltvedtak, slik dette er definert i forvaltningsloven § 2 b. Dette er vel og bra, men en slik drøftelse bør i så fall gjøres kort og ikke etterlate tvil om at en reguleringsplan er å anse som et enkeltvedtak. Oppgaven legger ikke opp til noen slik drøftelse.

Neste spørsmål er om «Vern Gerberskogen!» og Kari Vold har klagerett. Plan- og bygningsloven inneholder ingen bestemmelser om hvem som kan klage på et vedtak om reguleringsplan, men pbl. § 1-9 første ledd slår fast at forvaltningsloven kommer til anvendelse der plan- og bygningsloven ikke har særskilte bestemmelser om saksbehandling. Igjen bør de som ser dette, honoreres. De fleste vil nok likevel gå rett på fvl. § 28 første ledd som fastslår hvem som kan påklage enkeltvedtak. Bestemmelsen lyder som kjent:

*Enkeltvedtak kan påklages av en part eller annen med rettslig klageinteresse i saken til det forvaltningsorgan (klageinstansen) som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket (underinstansen).*

Enkelte vil kanskje drøfte om klagerne i saken er å regne som part. Dette vil etter min mening vitne om manglende forståelse, og lange utredninger på dette punktet bør føre til trekk. De som kort avviser at klagerne er å regne som part, jf. fvl. § 2 e, bør på sin side gis uttelling.

Det avgjørende er om «Vern Gerberskogen!» og Kari Vold har «rettslig klageinteresse». Dette er et spørsmål samtlige bør være godt kjent med, og her bør vi forvente gode og utfyllende drøftelser.

Det kan kort slås fast at fvl. § 28 gir få holdepunkter for drøftelsen. Forarbeidene til forvaltningsloven viser til at det avgjørende er om klager har konkret, praktisk og aktuell interesse i en ny behandling av vedtaket. Dette antas å tilsvare den rettslige søksmålsinteresse etter tvisteloven § 1-3 (tidligere tvistemålsloven § 54), jf. Ot.prp. nr. 38 (1964-65) s. 98:

*Det er meningen at kravet om 'rettslig klageinteresse' skal motsvare kravet til 'rettslig interesse' i tvistemålslovens § 54. Uttrykket er skjønnsbestemt, men har den fordel framfor de uttrykk som er nyttet i komitéforslag, at en kan ta sitt utgangspunkt i prosesspraksis og prosesslitteraturen og nytte disse som hjelpemidler ved den avgrensing av omgrepet som må overlates til praksis.*

Forvaltningslovens forarbeider gir også uttrykk for at det koker ned til en helhetsvurdering (s. 276):

*At den som vil klage har en subjektiv rett som er krenket, kan ikke kreves; også andre interesser kan gi rett til klage når interessen er av en viss styrke og individualitet. Saken må imidlertid vedkomme klageren, hans klage må ikke ha karakteren av en uvedkommendes innblanding. Man kan vel sammenfatte det slik at den som skal kunne klage over et vedtak enten må være part i saken eller vedtaket må berøre hans rettsstilling på en slik måte at det er rimelig og naturlig at han får adgang til å klage over vedtaket.*

Når det gjelder foreningers klagerett er det uttalt følgende i forarbeidene (s. 277):

*I mange tilfelle varetar en forening eller en organisasjon sine medlemmers interesse på en slik måte at et vedtak må sies å vedkomme foreningen, og det vil være naturlig at foreningen har klagerett. I andre tilfelle er dette hverken rimelig eller naturlig. Det må bero på om vedtaket i det individuelle tilfelle kan sies å vedkomme foreningen eller den organisasjon det er tale om.*

Studentene har som nevnt tilgang til forarbeidene på eksamen gjennom Lovdata, og dermed vil nok mange trekke inn deler av de siterte uttalelsene. De som viser til forarbeidene bør få en viss uttelling, mens de som anvender forarbeidene aktivt som kilde i den rettslige argumentasjonen bør gis stor uttelling. De fleste vil nok vise til at tvistelovens bestemmelser om søksmålsadgang kan anvendes analogisk, og vi må kunne kreve at det angis et rettslig grunnlag for dette. Det er tvl. §§ 1-3, 1-4 og 2-1 om søksmålsadgang og partstilknytning som er relevant. Tvl. § 1-3 (2) oppstiller utgangspunktet for drøftelsen:

*Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort i forhold til saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.*

Studentene bør ta utgangspunkt i denne bestemmelsen og vise til og drøfte om kriteriene «aktualitet» og «tilknytning» er oppfylt i den foreliggende sak. Aktualitetskriteriet kan kort bekreftes, mens det er mer tvilsomt om «Vern Gerberskogen!» og Kari Vold har tilstrekkelig tilknytning til saken. Når det gjelder «Vern Gerberskogen!» vil tilknytningen avgjøres på grunnlag av tvl. § 1-4 (1) som gjelder søksmålsadgang for organisasjoner mv. Merk at kriteriene i § 1-3 (2) også må være oppfylt dersom interesseorganisasjoner skal reise søksmål. Om kandidatene drøfter § 1-3 før eller etter drøftelsen av § 1-4 er uten betydning. Tvl. § 1-4 lyder om følger:

*Foreninger og stiftelser kan reise søksmål i eget navn om forhold som det ligger innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta, når vilkårene ellers i § 1-3 er oppfylt.*

Her må studentene drøfte kriteriene: «innenfor organisasjonens formål og naturlige virkeområde å ivareta». På den ene side er det nokså klart at kriteriene er oppfylt. Her bør det vises til

foreningens vedtekter, hvor det fremgår at foreningen særlig skal arbeide for varig vern av nettopp Gerberskogen, men også for fremme av andre miljøsaker.

At miljøorganisasjoner generelt sett har klagerett, har vært sikker rett siden dette ble slått fast i den såkalte Alta-kjennelsen i Rt. 1980 s. 569. Det er ikke dermed sagt at foreningen i vår sak har rettslig klageinteresse. Ad hoc-organisasjoner som er etablert for det formål å fremme en klage eller reise et søksmål, har normalt ikke rettslig klageinteresse. En kjennelse de aller fleste bør kjenne til er Rt. 2003 s. 833 (Stopp Regionfelt Østlandet). Den omtalt hos Graver s. 492-93, men ikke hos Eckhoff/Smith, og er gitt omtale i Bugges lærebok i miljøforvaltningsrett. Saken gjaldt spørsmålet om en aksjonsgruppe kan ha søksmålsadgang. I avsnitt 30 vises det til at det beror på en helhetsvurdering:

*Spørsmålet om organisasjonen har rettslig interesse i å fremme begjæringen om midlertidig forføyning, vil bero på en nærmere vurdering av om den har rimelig grunn til å kreve at spørsmålet blir prøvd av domstolene. Kravet om «rimelig grunn» forutsetter at saken berører interesser som foreningen tar sikte på å vareta.*

Det sies videre:

*Men forutsetningen er at organisasjonen ut fra formål, virksomhet og representativitet har tilstrekkelig tilknytning til søksmålet.*

I denne saken ble aksjonsgruppen gitt søksmålsrett. Det ble lagt avgjørende vekt på at gruppen hadde eksistert i ni år. Den hadde egne vedtekter, et styre på fem medlemmer, med en styreleder som velges for to år av gangen. Videre hadde den noe over 1000 medlemmer på landsbasis, aktive lokallag i Osen, på Rena, i Elverum og i Oslo, og det ble avholdt årlige medlemsmøter. Virksomheten ble finansiert ved kontingenter mv., og det ble ført regnskap.

Kravet om rettslig interesse i tvl. §§ 1-3 og 1-4 har nær sammenheng med kravet om partsevne. Dette gjelder særlig spørsmålet om en forening eller sammenslutning kan reise søksmål. Det følger av tvl. § 2-1 at:

"Andre sammenslutninger enn etter første ledd har partsevne så langt dette følger av en samlet vurdering hvor det særlig legges vekt på

- om sammenslutningen har en fast organisasjonsform
- om det er et styre eller annet organ som representerer sammenslutningen utad,
- om sammenslutningen har en formalisert medlemskapsordning,
- om sammenslutningen har egne midler, og
- sammenslutningens formål og hva søksmålet gjelder."

Selv om partsevne og rettslig interesse er to adskilte vurderinger, vil momentene stort sett være sammenfallende. I forarbeidene til tvisteloven (Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) s. 369) er det uttalt:

*spørsmål om partsevne - som utgangspunkt - skal vurderes isolert som en egen prosessforutsetning. En diskusjon om partsevne skal først og fremst rette seg mot forhold ved foreningen selv og hvilke minstekrav som må stilles for at sammenslutningen overhodet kan sies å ha partsevne i sivilprosessen.*

En kjennelse hvor disse momentene drøftes utførlig er Rt. 2010 s. 257. Her ble foreningen Bynære Landbruksorganisasjoner ikke ansett for å ha tilstrekkelig fast struktur til å ha partsevne.

Twistelov og prosess-spørsmål blir først introdusert på studiets fjerde år, og det kan ikke forventes at våre kandidater kjenner til forskjellen mellom partsevne og rettslig interesse. Det bør derfor ikke føre til trekk dersom studentene anvender momentene i § 2-1 i vårt faktum uten å ta stilling til om det gjelder partsevne eller rettslig klageinteresse.

I vår sak er det mye som taler for at «Vern Gerberskogen!» ikke kvalifiserer til rettslig klageinteresse. Det er tale om en organisasjon som ble opprettet i forbindelse med reguleringsplanvedtaket, og er dermed en ad hoc-organisasjon. På den annen side fremgår det av faktum at «Vern Gerberskogen!» er en forening som ble dannet av en rekke lokale organisasjoner. I så måte kan det argumenteres for at organisasjonen gir uttrykk for en felles klage fra flere etablerte organisasjoner. Det tilsvarende var tilfelle i Rt. 2009 s. 661 (den amerikanske ambassade) hvor det ikke ble stilt spørsmål ved om aksjonsgruppen «Vern Husebyskogen» hadde søksmålsrett. Dette fordi foreningen var en formalisering av nærmiljøets protester, og det var praktisk i alle henseender at søksmålet ble samkjørt. Et annet poeng er at «Vern Gerberskogen!» hadde vedtekter, noe som tilsier at de er mer formalisert enn f.eks. en aksjonsgruppe på sosiale medier. Dertil kommer at foreningen hadde som formål å særlig «arbeide for varig vern av Gerberskogen, men også for fremme av andre miljø saker», noe som kan tale for at foreningen er ment å være mer enn en aksjonsgruppe.

Hva studentene faller ned på her, er uten betydning. Det avgjørende er at de evner å anvende analogisk de momentene tvisteloven oppstiller på faktum i vår sak. De som ser argumenter både for og imot rettslig klageinteresse, bør honoreres. Som et minimum må det forventes at studentene drøfter «rettslig klageinteresse» i fvl. § 28 og trekker inn momenter fra tvisteloven og relevant rettspraksis. For å få A eller B bør de drøfte § 28 i lys av de momenter som kan utledes analogisk fra tvisteloven og rettspraksis, og med dette drøfte særskilt om foreningen er tilstrekkelig fast og strukturert til å kvalifisere til rettslig klageinteresse. Men som alltid beror bedømmelsen på en helhetsvurdering hvor juridisk metode og selvstendighet i refleksjonene er det som vektes i størst grad.

Etter min mening kreves ikke like omfattende drøftelse av spørsmålet om Kari Vold har rettslig klageinteresse. Hennes tilknytning til saken er kun at hun er en ivrig bruker av området, og motivet for klagen er at hun klaget for det tilfellet at klagen fra «Vern Gerberskogen!» skulle bli avvist. Kandidatene må imidlertid også her foreta en drøftelse av tvisteloven § 1-3 og drøfte konkret om Volds tilknytning er nær nok. Det bør forventes at de fleste ser at bruk av et område ikke er tilstrekkelig for å konstatere klagerett. De som begrunner dette med hensynet til effektivitet og forutsigbarhet i forvaltningsprosesser, samt partens vern mot at utenforstående blander seg inn i saken, bør honoreres godt. Det kan også gis full uttelling dersom studentene kommer til at Vold har rettslig klageinteresse. Dette må imidlertid begrunnes i hennes bruk av og tilhørighet til området, og at denne er langt sterkere enn hva gjelder andre borgere.

Erfaringsutvekslingen på sensormøtet avdekket at de aller fleste studentene har svart utfyllende og godt på dette spørsmålet. Sensorenes erfaring er at det er vanskelig å skille besvarelsene med hensyn til nivå. Sensorene har også registrert at mange studenter har brukt uforholdsmessig mye plass på dette spørsmålet, og at det har skjedd på bekostning av besvarelsen under del II

## **Del II**

Som nevnt innledningsvis er del II langt mer omfattende enn del I. En vesentlig del av testen her er om studentene evner å identifisere de rettsspørsmål oppgaven reiser. Studentene bør innlede med å vise til at det overordnede spørsmålet er om reguleringsplanen er gyldig eller ikke. Det er imidlertid en rekke, mulige ugyldighetsgrunner i vår sak. Den rutinerte studenten vil ta utgangspunkt i klagers anførsler, og behandle rettsspørsmålene fortløpende. En utfordring i så måte er at klagers anførsler er nokså åpne, og det er tidvis flere rettsspørsmål som må løses under hver anførsel. I besvarelsen bør også kommunens argumenter behandles. I det følgende vil jeg ta for meg alle rettsspørsmålene jeg klarte å identifisere. Herunder vil jeg knytte enkelte kommentarer til hvordan gjeldende rett kan forstås og hvordan rettsspørsmålene i oppgaven kan løses. Vi kan ikke forvente at studentene ser eller behandler alle rettsspørsmålene. Det er også mulig å løse spørsmålene med en annen innfallsvinkel eller med et annet resultat enn det som presenteres i det følgende. Det er således fullt mulig å få toppkarakter selv om enkelte rettsspørsmål er oversett.

1) Kan Fylkesmannen eller domstolene overprøve kommunens valg av arealformål i en reguleringsplan?

Jeg synes det er naturlig å begynne med spørsmålet om kommunens valg av arealformål kan overprøves av Fylkesmannen. Det er imidlertid tenkelig at en del vil behandle dette senere i besvarelsen. Noen vil kanskje overse dette helt, noe som bør føre til noe trekk, i alle fall dersom Fylkesmannens kontrollmuligheter ikke behandles.

Kommuneadministrasjonen innleder saksfremstillingen til kommunestyret ved å vise til at kommunen som planmyndighet står fritt til å avgjøre spørsmålet om hva arealene i kommunen skal kunne brukes til, og at verken Fylkesmannen eller domstolene kan overprøve dette.

Hvorvidt saksbehandlingsreglene er fulgt kan prøves fullt ut, både av Fylkesmannen og domstolene. Dette bør ikke reise tvil hos noen. Spørsmålet her er imidlertid om prøvingsretten er begrenset når det gjelder valg av arealformål i planer. Her må studentene skille mellom prøvingen som skjer av klageinstansen i forvaltningen, og prøvingen hos domstolene.

Plan- og bygningsloven § 12-5 gir en uttømmende opplisting av hvilke arealformål som kan fastsettes i reguleringsplaner. Bestemmelsen setter slik sett en ramme for hvilke formål som kan anvendes, og dermed hvordan arealene i kommunen skal forvaltes. Hvilket arealformål kommunen velger er imidlertid lagt til kommunens skjønn. Dette er uttrykkelig slått fast i blant annet Rt. 2007 s. 281 (Barka). Her uttalte Høyesterett:

*Både valg av reguleringsformål og hvilke områder som omfattes av reguleringen, faller inn under forvaltningens frie skjønn, og er således i utgangspunktet ikke gjenstand for domstolsprøving.*

Det er derfor på det rene at domstolene ikke kan overprøve kommunens valg av arealformål.

Annerledes er det for rekkevidden av klageinstansens prøvingsrett. Klager på kommunale vedtak etter plan- og bygningsloven skal avgjøres av fylkesmannen. I plan- og bygningsloven § 1-9 femte ledd fremgår det at departementet er klageinstans. Dette er i forskrift 2009-06-12-639 delegert til fylkesmannen. Etter min mening bør det ikke gis trekk dersom studentene viser til at departementet er rette klageinstans. Klageinstansens prøvingsrett er ikke begrenset til lovlighetskontroll, men omfatter «alle sider av saken», slik det heter i fvl. § 34 andre ledd. Utgangspunktet er derfor at fylkesmannen kan overprøve kommunens valg av arealformål i

denne reguleringsplanen. Her er det imidlertid viktig å være oppmerksom på fvl. § 34 andre ledd, tredje punktum, hvor følgende fremgår:

*Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn.*

At fylkesmannen, som klageinstans, skal legge stor vekt på det kommunale selvstyre, innebærer at det skal mye til for å overprøve kommunens valg av arealformål. Selv om fylkesmannen har kompetanse til å sette sitt skjønn over kommunens skjønn her, skjer dette svært sjelden i praksis. Det skyldes at fylkesmannen har innsigelsesrett til planer, og der kommunene i for liten grad tar hensyn til regionale eller nasjonale interesser, skal fylkesmannen fremme innsigelse til planen. Dersom det ikke er fremmet innsigelse til planen, skal det mye til for at fylkesmannen i en klagesak overprøver kommunens valg av arealformål.

Dette siste om fylkesmannens innsigelse krever nok mer innsikt i plan- og bygningsrett enn det vi kan forvente av våre studenter. Jeg vil derfor anmode om at en god besvarelse her vil trekke opp, og at en mindre god besvarelse ikke gis særlig trekk. Det må derimot forventes at de kjenner til fvl. § 34 andre ledd og nevner «alle sider av saken» og «stor vekt» på det kommunale selvstyre.

**Merknad etter sensormøtet:** Det viser seg at de fleste har behandlet fylkesmannens kontrollmuligheter, og at de kjenner til § 34 andre ledd. Kvaliteten er mer varierende når det gjelder domstolskontrollen, og det er svært få som kjenner til den nevnte dommen (Barka). De fleste foretar en vurdering i lys av Rt. 1995 s. 1427 (Naturfredning) og konkluderer med at vurderingen hører inn under kommunens hensiktsmessighetskjønn, eller at domstolene skal være tilbakeholdne i overprøvingen. Dette må gis noe uttelling. Det var også enighet blant sensorene om at det ikke bør føre til trekk om domstolskontroll ikke behandles i særlig grad. Dette fordi oppgavens faktum legger opp til at det er forvaltningens kontroll som er mest aktuell.

2) Er reguleringsplanen ugyldig fordi den var i strid med kommuneplanens arealdel?

I klagen viser aksjonsgruppen til at reguleringsplanen var i strid med kommuneplanen, og dermed ikke kunne tillates. Hvis aksjonsgruppen får rett i denne anførselen, vil ikke kommunen ha hjemmel til å vedta reguleringsplanen. Vi står dermed overfor en materiell mangel ved vedtaket - som i de aller fleste tilfeller innebærer at vedtak er ugyldig.

En del vil nok oppleve dette spørsmålet som vanskelig. Forholdet mellom planer er ikke grundig behandlet i lærebøkene, og jeg er usikker på hvor mye oppmerksomhet dette temaet er viet i forelesningene. Spørsmålet krever forståelse av plansystemet som sådan, og kunnskap om forholdet mellom planer. Enkelte vil kanskje henvise til pbl. § 11-6 om rettsvirkninger av kommuneplanens arealdel, og vise til at tiltak ikke må være i strid med fastsatt arealformål, jf. andre ledd. Denne bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for at det vedtas reguleringsplan i strid med kommuneplanens arealdel. En god besvarelse vil raskt avvise aksjonsgruppens anførsel under henvisning til pbl. § 1-5 andre ledd. Det følger av denne bestemmelsen at ved motstrid går nyeste plan foran eldre plan. Med andre ord har kommunen full adgang til å vedta en reguleringsplan i strid med kommuneplanens arealdel. De som ser dette bør honoreres godt.

Det har vist seg at det er mange kandidater som har hatt problemer med dette rettsspørsmålet. Det er flere som omtaler reguleringsplan som «tiltak» etter § 1-6, og dermed konkluderer med at tiltaket er i strid med kommuneplanen. Dette vitner om manglende forståelse, og må føre til noe trekk. Andre drøfter om reguleringsplanen er i strid med kommuneplanen. Dette er i og for seg et interessant spørsmål, ettersom § 1-5 andre ledd kun gjelder der det er motstrid mellom planene. De som konkluderer med at det ikke foreligger motstrid, f.eks. fordi LNF kan ha «spredt boligbebyggelse» som underformål, viser etter min mening noe manglende forståelse. Enkelte kandidater ser imidlertid at § 1-5 andre ledd kommer til anvendelse og konkluderer raskt med at planen er lovlig. I tillegg til at disse bør honoreres godt, gis de også den fordel at de ikke bruker unødvendig tid på dette kontrollspørsmålet.

3) Er reguleringsplanen ugyldig fordi den er i strid med kommunens planstrategi?

Også dette anføres av aksjonsgruppen, og vi må dermed forvente at studentene tar stilling til dette spørsmålet. Kommunale planstrategier er imidlertid lite omtalt i pensum, og vi kan legge til grunn at studentene her står overfor ukjent lovtekst. På den andre siden vil de med alle kilder tilgjengelig kunne finne raskt frem til svaret på dette spørsmålet.

Det følger av pbl. § 10-1 at kommunestyret skal utarbeide en kommunal planstrategi. Denne skal blant annet drøfte «kommunens strategiske valg knyttet til samfunnsutvikling, herunder langsiktig arealbruk, miljøutfordringer, sektorenes virksomhet og en vurdering av kommunens planbehov i valgperioden.» I så måte er det ikke unaturlig at kommunen har uttalt seg om at LNF-områder skal bevares, og at Gerberskogen er brukt som eksempel. Spørsmålet er dermed om kommunens planstrategi setter en materiell skranke for kommunens adgang til å fravike denne og tillate en plan som åpner for utbygging i LNF-områder generelt, og i Gerberskogen spesielt. Heller ikke dette krever omfattende drøftelser. Kommunale planstrategier er kun retningsgivende for kommunale vedtak, og det er rettslig sett ikke noe i veien for å fravike planstrategien ved senere vedtak.

4) Er reguleringsplanen i strid med klimaloven?

Aksjonsgruppen viste til det klimamessige uheldige ved en nedhugging av Gerberskogen fordi denne skogen, som er en såkalt boreal skog, tar opp og lagrer mer CO<sub>2</sub> enn noen annen skog. Kommunen var ikke uenig i dette, men viste til at klimaloven ikke vil være til hinder for at skogen hugges ned.

Studentene er ikke godt kjent med klimaloven, men de bør likevel kunne besvare oppgaven på grunnlag av lovteksten alene. Her bør det raskt avvises at reguleringsplanen er ugyldig grunnet strid med klimaloven. For det første er det ingen bestemmelser i klimaloven som er direkte til hinder for vedtak som innebærer nedhugging av skog. For det andre har loven våre øverste myndigheter som adressater. Loven fastsetter i all hovedsak klimamål, og pålegger Storting og Regjering å sørge for at klimamålene nås. I dette ligger det blant annet at det må vedtas lover og gis politiske instruksjoner som bidrar til at klimamålene nås. Men loven er på ingen måte til hinder for at kommunene vedtar planer i strid med klimahensyn.



Klimahensyn er samtidig et sentralt hensyn i plan- og bygningsloven, se blant annet § 3-1 første ledd bokstav g. Gjennom planer kan kommunene sikre at det tas hensyn til klimavennlige løsninger.

Lange utredninger av klimaloven er ikke nødvendig i denne oppgaven. De som kort avviser at loven gis anvendelse ettersom den har Storting og Regjering som pliktsubjekter, bør honoreres.

5) Er reguleringsplanen i strid med naturmangfoldloven?

Denne anførselen består av flere delspørsmål. Det fremgår av faktum at skogen er usedvanlig rik på biologisk mangfold og huser flere truede arter. Det er også dokumentert forekomster av eremittbille, som er definert som prioritert art med hjemmel i naturmangfoldloven § 23. I skogen finnes det også «hule eiker», som er en utvalgt naturtype beskyttet etter FOR-2011-05-13-512 om utvalgte naturtyper etter naturmangfoldloven § 52.

Det første spørsmålet er om planen er i strid med nml. § 23 om prioriterte arter, og hva konsekvensene av dette eventuelt vil være. Rettsvirkningene av at en art er gitt status som «prioritert art» følger av nml. § 24. Denne bestemmelsen viser til at det i forskrift kan fastsettes forbud mot uttak, skade eller ødeleggelse av prioriterte arter. Videre kan det fastsettes regler for bruk av områder hvor det er observert prioriterte arter. Det fremgår av faktum at eremittbillen er definert som prioritert art med hjemmel i nml. § 23, men det er ikke gitt noen uttrykkelig henvisning til forskriften. Å finne frem til forskrift 2011-05-20-520 om eremitt som prioritert art krever et klikk på forskriftssymbolet ved nml. § 23 i Lovdata. Likevel er det de færreste som finner den, Kandidatene skal være vant med bruk av Lovdata, og allerede på det første studieåret gis det en grunnleggende innføring. På JUS2211 er det i tillegg et obligatorisk kurs i rettskildesøk, men dette er rettet inn mot EU/EØS-rettskilder. Etter sensormøtet er det enighet om at det skal gis noe trekk for ikke å ha behandlet forskriften.

Forskriften § 3 fastsetter restriksjoner for bruk av områder hvor eremittbillen er observert:

*Enhver form for uttak, skade eller ødeleggelse av eremitt er forbudt. Som ødeleggelse regnes felling av og skade på trær med eremitt, samt andre handlinger dersom de er egnet til å skade, forstyrre eller på annen måte forringe individer av arten.*

Studentene må således drøfte og ta stilling til hvorvidt omdisponeringen av skog til boligområde vil innebære brudd på arealbruksrestriksjonene i § 3. Faktum gir ikke så mange holdepunkter her. Det fremgår kun at det er «dokumentert forekomst av eremittbille» i skogen, men ikke om dette gjelder innenfor planområdet. Det sies heller ikke noe om hvor stor del av skogen som planlegges omdisponert til boliger, kun at Peder eier en stor del av skogen og at det er dette området som planlegges omdisponert. Samtidig rekker § 3 nokså langt hva gjelder arealbruksrestriksjoner, hvor det er tilstrekkelig at tiltaket er egnet til å «forstyrre» arten. Vi kan derfor trygt konkludere med at reguleringsplanen vil være i strid med § 3 i forskriften om eremitt som prioritert art.

Enkelte vil kanskje vise til nml. § 24 femte ledd som gir myndighetene hjemmel til å gi unntak fra § 23, slik at tiltak kan gjennomføres uten hensyn til den prioriterte arten. Selv om oppgaven ikke legger opp til en drøftelse av dette, bør de som ser denne bestemmelsen få noe uttelling.

Følgene av at det foreligger brudd på forskriften er ikke så opplagte. For det første kan det reises spørsmål om forskriften er til hinder for at det vedtas en reguleringsplan som tilrettelegger for

utbygging i området. På den ene siden innebærer ikke reguleringsplanen at det foretas et arealinngrep. Dette skjer først etter det er gitt byggetillatelse. På den andre siden er det lagt til grunn i forvaltningspraksis at reguleringsplaner også faller inn under virkeområdet til forskrifter om prioriterte arter (se blant annet Miljøverndepartementets vedtak om klippeblåvinge i Tvedestrand). Vi kan ikke forvente at studentene tar stilling til dette, men de som problematiserer dette bør honoreres godt.

En annen konsekvens av at det foreligger brudd på forskriften er at tiltakshaver må søke om dispensasjon etter forskriftens § 6. Det er fylkesmannen som er dispensasjonsmyndighet, jf. § 5. Før det eventuelt gis dispensasjon vil fylkesmannen kunne kreve at virkningene av det planlagte inngrepet klarlegges, herunder klarlegging av alternative funksjonsområder som kan bidra til å sikre bevaring av arten, se forskriften § 6 andre ledd og nml. § 24 første ledd bokstav c. Her begynner vi å bevege oss utenfor oppgaven, så jeg lar det bli med dette.

Vi kan nok konkludere med at reguleringsplanen er i strid med forskriften og dermed ugyldig. De som trekker inn fvl. § 41, og drøfter om vedtaket likevel er gyldig, har ikke forstått at det her er tale om en materiell mangel. Etersom oppgaven er nokså krevende, synes jeg likevel ikke vi skal trekke så mye for dette. Gode forsøk på å diskutere konsekvensene av forskriftsbrudd bør på sin side honoreres.

De som ikke finner forskriften, og løser oppgaven utelukkende basert på lovtolkning vil ha vanskeligheter med å konkludere med hensyn til u/gyldighetsspørsmålet.

Det andre spørsmålet er om reguleringsplanen er i strid med naturmangfoldlovens bestemmelse om utvalgte naturtyper. Det følger av faktum at det finnes hule eiker i skogen. Dette er en naturtype som er underlagt særlig beskyttelse i forskrift 2011-05-13-512 om utvalgte naturtyper § 3 nr. 3. Forskriften er vedtatt med hjemmel i naturmangfoldloven § 52. Oppgaveteksten viser uttrykkelig til denne forskriften, så alle bør behandle denne. I motsetning til hva som gjelder prioriterte arter, inneholder ikke forskriften om utvalgte naturtyper bestemmelser som setter forbud mot inngrep. Her er det naturmangfoldloven § 53 som må tolkes og anvendes, noe som for øvrig følger av forskriften § 4 første ledd.

Rettsbeskyttelsen av utvalgte naturtyper må sies å være noe svak. Etter § 53 første og andre ledd gjelder kun et krav om å ta hensyn til forekomster av slike naturtyper. Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s. 434-435 er tydelig på at bestemmelsen innebærer at hensynet til en utvalgt naturtype skal veie tungt i forvaltningens skjønnsutøvelse, men at hensynet også undertiden må vike for andre samfunnsinteresser. I dette ligger at det vil være opp til forvaltningen å ta endelig stilling til hvorvidt et inngrep i en utvalgt naturtype skal tillates eller ikke. Naturmangfoldloven § 53 andre ledd, andre punktum krever imidlertid at før en slik beslutning treffes skal det foretas en kartlegging av konsekvensene inngrepet vil ha for den utvalgte naturtypen. I dette ligger et krav om kartlegging også på aggregert nivå, hvor det foretas en utredning av utbredelsen av den utvalgte naturtypen i områder utenfor reguleringsplanen. De som ser dette bør honoreres godt.

Den observante student vil imidlertid se og problematisere bestemmelsen i nml. § 53 fjerde ledd:

*Rettslig bindende plan etter plan- og bygningsloven som avklarer arealbruken for en forekomst av en utvalgt naturtype og som er vedtatt etter at forskrift etter § 52 er gitt, går foran reglene i første til tredje ledd.*

I vår sak har kommunen vedtatt en reguleringsplan, og uttrykkelig sagt at miljøhensyn må vike. Dette kan tilsa at naturmangfoldlovens krav om hensyntagen og kartlegging i § 53 andre ledd

ikke gis anvendelse. Men bestemmelsen i § 53 fjerde ledd gjelder bare for tiltak som etableres i tråd med rettslig bindende plan. Naturmangfoldloven § 53 første til tredje ledd gjelder imidlertid fullt ut i selve planprosessen. Dette innebærer at kommunen er forpliktet til å både kartlegge konsekvensene overfor den utvalgte naturtypen og ta særlig hensyn til dette i interesseavveiningen. Dette er utdypet i Ot.prp. nr. 52 (2008-2009) s. 436.

Oppgavens faktum tyder på at kommunen verken har foretatt en særskilt kartlegging av hule eiker, ei heller tillagt hensynet til hule eiker stor vekt i interesseavveiningen som grunnlag for planen. Det fremgår uttrykkelig av faktum at utredningen gjennomført av Artsfokus AS ikke tok for seg hule eiker. Manglende utredning vil således være en mangel ved reguleringsplanen som kan medføre ugyldighet. Hvorvidt planen er ugyldig, eller om den må anses som gyldig til tross for feil, vil jeg diskutere mer grundig i avsnittet om manglende konsekvensutredninger nedenfor.

Hva kan vi således forvente av studentene på dette spørsmålet? Etter min mening bør de finne frem til § 53 andre ledd og diskutere rettsvirkningene av at hule eiker er gitt status som en utvalgt naturtype. Det kan imidlertid ikke forventes at studentene har tilstrekkelig kunnskap om, og forståelse av, § 53 fjerde ledd om forholdet til rettslig bindende planer, herunder skillet mellom planprosessen og endelig vedtatt plan. De som likevel evner å få noe fornuftig ut av dette bør honoreres godt.

Et tredje spørsmål er om naturmangfoldloven §§ 8-12 er fulgt i denne saken. Oppgaven legger ikke opp til at dette skal drøftes. Jeg mistenker likevel at dette vil bli brakt på banen av enkelte. Disse bestemmelsene er gitt omfattende omtale både i pensum og i forelesningene. Dersom §§ 8-12 behandles, bør kandidatene vise til at dette er retningslinjer, og ikke materielle skranker, jf. nml. § 7. Naturmangfoldloven § 7 setter imidlertid krav om at prinsippene i §§ 8 til 12 vurderes ved utøving av offentlig myndighet, og at det fremgår av vedtaket hvordan prinsippene er vurdert. Det er mye som kan skrives om bestemmelsene i §§ 8-12. Mest relevant er nok § 8 om at beslutningen skal «så langt det er rimelig bygge på vitenskapelig kunnskap» om artsbestand, bestandssituasjon osv. Dersom det treffes vedtak om arealbruk uten at slike forhold blir utredet, vurdert og begrunnet, vil dette kunne være en saksbehandlingsfeil som kan føre til ugyldighet. Samme gjelder § 9 om føre-var, som krever at myndighetene vurderer om eventuell usikkerhet knyttet til miljøkonsekvenser bør komme miljøet til gode i beslutningen. Faktum gir ingen holdepunkter for om dette har skjedd i vår sak, slik at en konklusjon om saksbehandlingsfeil her må bygge på en forutsetning om at dette ikke har skjedd. I så fall er det mye som taler for at reguleringsplanen er ugyldig, se blant annet sivilombudsmannens uttalelse i sak 2018/1219. Det skal ikke gis noe trekk for de som unnlater å ta stilling til disse bestemmelsene. Det kan imidlertid gis uttelling for de som ser at også dette kan utgjøre en ugyldighetsgrunn.

**Merknad etter sensormøtet:** Sensorene erfarer at det er mange som ikke har behandlet anførselene om prioriterte arter og utvalgte naturtyper. Selv om dette kan skyldes tidsnød, trekker dette ned helhetsinntrykket i den totale bedømmelsen. Samtidig er sensorene klar over at begge spørsmålene kan anses som noe krevende i en tidspresst situasjon, og det gis heller uttelling til de som har fått til gode drøftelser, enn trekk til de som har unnlatt å behandle dette. Når det gjelder prioriterte arter, er det som sagt få som har vist til forskrift 2011-05-20-520 om eremitt som prioritert art. Det kan skyldes at oppgaveteksten bruker termen «eremittbille» fremfor «eremitt». Førstnevnte gir ingen treff på forskrifter i Lovdata. Når det er sagt vil man som nevnt enkelt finne frem til forskriften ved å trykke på forskriftslenken i nml. § 23.

6) Foreligger det brudd på Norges folkerettslige forpliktelser?

Her er det vist til Parisavtalen, vedtatt under FNs rammekonvensjon om klimaendringer. Det er i første rekke artikkel 5 nr. 1 i denne avtalen som kan gi noe til drøftelsene. Bestemmelsen lyder:

*Parties should take action to conserve and enhance, as appropriate, sinks and reservoirs of greenhouse gases as referred to in Article 4, paragraph 1(d), of the Convention, including forests.*

Artikkel 4 nr. 1 (d) i Klimakonvensjonen lyder:

*All Parties, taking into account their common but differentiated responsibilities and their specific national and regional development priorities, objectives and circumstances, shall:*

...

*(d) Promote sustainable management, and promote and cooperate in the conservation and enhancement, as appropriate, of sinks and reservoirs of all greenhouse gases not controlled by the Montreal Protocol, including biomass, forests and oceans as well as other terrestrial, coastal and marine ecosystems;*

Disse bestemmelsene har preg av oppfordringer heller enn nedfelling av konkrete forpliktelser, og kandidatene bør kunne behandle dette kort. Det må uten videre kunne fastslås at verken Parisavtalen eller Klimakonvensjonen er til hinder for inngrep som de reguleringsplanen innebærer.

Habitatdirektivet, direktiv 93/43/EØS, er ikke omfattet av EØS-avtalen. Det er imidlertid vist til direktivet i direktiv 2001/42/EF (plandirektivet), som er innlemmet i EØS-avtalen. Betydningen av habitatdirektivet behandles derfor i forbindelse med behandlingen av dette direktivet nedenfor.

For så vidt gjelder anførselen om at saksbehandlingen er strid med de kravene som følger av plandirektivet og direktiv 2014/52/EU, som også er innlemmet i EØS-avtalen, behandles dette best i sammenheng med anførselen om manglende konsekvensutredning.

7) Er reguleringsplanen ugyldig grunnet manglende konsekvensutredning?

Igjen står vi overfor et spørsmål som krever utførlig drøftelse.

Studentene bør først ta stilling til om reguleringsplanen er i strid med EU-direktivene om konsekvensutredninger. Kommunen viste her til at disse direktivene er gjennomført i norsk rett med konsekvensutredningsforskriften, og at saksbehandlingen derfor må vurderes i forhold til forskriften, ikke disse direktivene. Konsekvensutredningsforskriften tjener til å oppfylle forpliktelsene etter direktivene 2001/42/EF og 2014/52/EU. Følgelig må forskriften forstås i lys av direktivene, og kommunen kan derfor ikke høres med at direktivene er uten betydning.

Studentene bør deretter ta stilling til spørsmålet om direktivene stiller krav til saksbehandlingen ved vedtakelse av reguleringsplan for Gerberskogen. Direktiv 2001/42/EF, gjerne kalt plandirektivet, artikkel 3 nr. 2 bokstav a krever at det gjennomføres en miljøvurdering for nærmere angitte planer. Her nevnes «by- og regionalplanlegging eller arealbruk» Det er imidlertid et vilkår at planen gjelder prosjekter angitt i vedlegg I og II til direktiv 85/337/EØF. Dette direktivet, og endringer i det, er kodifisert og erstattet med direktiv 2011/92/EU. Det

avgjørende er derfor om utbyggingen av Gerberskogen faller inn under noen av de kategoriene som nevnes i vedlegg I eller II til dette direktivet. Det gjør den ikke. Vedlegg I og II til direktiv 2011/92/EU er for øvrig likelydende med vedlegg I og II til direktiv 85/337/EØF. Direktiv 2014/52/EU er et endringsdirektiv til direktiv 2011/92/EF, men de endringene det medfører, har ikke betydning for de spørsmålene oppgaven reiser.

Plandirektivet artikkel 3 nr. 2 bokstav b) krever at det utføres en miljøvurdering der den sannsynlige virkningen på anleggsområdet krever en miljøvurdering i henhold til artikkel 6 eller 7 i direktiv 92/43/EØF (Habitatdirektivet). Det følger imidlertid av EØS-komiteens beslutning 90/2002, om innlemming av direktiv 2001/42/EF i EØS-avtalen, at artikkel 3 nr. 2 bokstav b) ikke får anvendelse. Habitatdirektivet er ikke innlemmet i EØS-avtalen.

Det er temmelig krevende å orientere seg i direktivene, og en visitt til EØS-komiteens beslutning der plandirektivet innlemmes i EØS-avtalen er nødvendig for å løse det spørsmålet henvisningen i dette direktivet til habitatdirektivet reiser. Finner studentene først frem i villnisset, ligger konklusjonen nær. Direktivene stiller ikke krav til behandlingen av reguleringsplanen for Gerberskogen.

De aller fleste legger imidlertid til grunn at direktivene er gjennomført korrekt i norsk rett gjennom konsekvensutredningsforskriften, slik at dersom forskriften er brutt, er også direktivene brutt. Dette er en helt forsvarlig tilnærming, oppgavens omfang tatt i betraktning. Det er imidlertid bare svært få som drøfter hvilken betydning EU-domstolens avgjørelse i C-24/19 A m.fl., har for ugyldighetsvurderingen, gitt at det foreligger brudd på direktivene. Nærmere om dette nedenfor.

Overraskende mange mener at habitatdirektivet, til tross for at det ikke er omfattet av EØS-avtalen, likevel har betydning. Dette forankres gjerne i EØS-avtalens homogenitetsprinsipp, presumsjonsprinsippet og/eller Rt. 2000 s. 1811 Finanger. Standpunktet vitner om avgjørende mangler i forståelsen av grunnleggende trekk ved EØS-avtalen, og må gi solid trekk. Dettles stiller seg annerledes dersom kandidaten skriver at direktivet i EU-retten brukes til å tolke de andre direktivene, og dermed kan få indirekte betydning gjennom målsettingen om at de direktivene som er omfattet av EØS-avtalen skal forstås på samme måte når de tolkes i en EØS-kontekst som når de tolkes i en EU-kontekst. En slik tilnærming viser blikk for utfordringer homogenitetsmålsettingen i EØS skaper.

Det neste spørsmålet er om reguleringsplanen er ugyldig grunnet manglende konsekvensutredning. Temaet bør være godt kjent for de fleste, da dette er grundig behandlet i både litteraturen og forelesningene. De bør raskt slå fast at planen skulle vært underlagt konsekvensutredning, og at dette er en saksbehandlingsfeil. Dette fremgår uttrykkelig av faktum, slik at drøftelser på dette punktet bør føre til noe trekk. Det er imidlertid mulig å forstå kommunens anførsel slik at det på grunn av rapporten fra Artsfokus ikke var en saksbehandlingsfeil at det ikke er konsekvensutredet ytterligere, i tillegg til at denne feilen ikke kan føre til ugyldighet.

Det avgjørende spørsmålet er således hvilken betydning denne saksbehandlingsfeilen vil ha for reguleringsplanens gyldighet. De kandidatene som har etablert at direktivene ikke kommer til anvendelse, bør raskt vise til fvl. § 41 som gir nærmere regler for når et enkeltvedtak er gyldig til tross for feil. Om de anvender bestemmelsen direkte, analogisk, eller med grunnlag i pbl. § 1-9 første ledd, er uten betydning. De bør imidlertid ikke omtale bestemmelsen som en

ugyldighetsbestemmelse, da den kun oppstiller regler for når et vedtak kan anses for å være gyldig til tross for feil.

Bestemmelsen har følgende utforming:

*Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven ikke overholdt ved behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.*

Det avgjørende for drøftelsen er hvorvidt «det er grunn til å regne med» at manglende konsekvensutredning kan «ha virket bestemmende» på reguleringsplanens innhold. Studentene bør raskt vise til at dette spørsmålet er grundig behandlet i to høyesterettsavgjørelser. Spørsmålet kom for første gang opp til behandling i Høyesterett i Rt. 2009 s. 661 (Huseby eller Amerikanske ambassade). Saken gjaldt regulering for tomt til ny plassering av den Amerikanske ambassade. I likhet med vår sak var det ikke omstridt at manglende konsekvensutredning var en saksbehandlingsfeil. Spørsmålet var om denne feilen kan ha virket bestemmende på reguleringsplanen. I avsnitt 71 uttalte Høyesterett følgende om § 41:

*Det følger da av den alminnelige regel i forvaltningsloven § 41 at reguleringsvedtaket likevel er gyldig «når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold». I dette ligger ikke et krav om sannsynlighetsovervekt for at feilen har fått betydning. Det er tilstrekkelig med en ikke helt fjerntliggende mulighet.*

Høyesterett uttalte i videre i avsnitt 72 at «veien frem til ugyldighet [vil] derfor kunne være kort når saksbehandlingsfeilen består i manglende eller mangelfull konsekvensutredning». Dette kan tas til inntekt for at det skal være en høy terskel for gyldighet ved manglende konsekvensutredning. Dette til tross, kom Høyesterett enstemmig frem til at reguleringsplanen måtte anses som gyldig etter § 41. Det ble lagt avgjørende vekt på at prosessen frem til ambassadens valg av tomt var meget grundig, hvorav opptil 30 tomtealternativer var vurdert. Etter Høyesteretts syn ville derfor utfallet av saken blitt den samme selv om det forelå en konsekvensutredning. Med andre ord mente Høyesterett at denne feilen ikke kunne virket bestemmende på reguleringsplanens innhold, og at reguleringsplanen dermed kunne anses som gyldig, jf. fvl. § 41.

Dommen er kritisert, se blant annet Backer og Bugge: Forsømt konsekvensutredning av alternativer. Høyesteretts dom i Rt. 2009 s. 661 om den amerikanske ambassade i Husebyskogen, Lov og Rett, vol. 49-3, 201 s. 115-127. Artikkelen er angitt som støttelitteratur i JUS2211.

I HR-2017-2247 (Reinøy) tok Høyesterett på ny stilling til virkningene av manglende konsekvensutredning. Retten delte seg her i 3-2, men flertallet la til grunn samme rettsforståelse som i Huseby-dommen.

Overført til vår sak er spørsmålet om det er mer enn en helt fjerntliggende mulighet for at manglende konsekvensutredning kan ha virket bestemmende på reguleringsplanen i Gerberskogen. Faktum gir som sagt ikke så mange holdepunkter. Jeg mener likevel at mye taler for at § 41 ikke gir grunnlag for å konstatere gyldighet. For det første er fremgår det av faktum at inngrepet ville kunne få store konsekvenser for naturmiljøet. Det var observert sjeldne arter der, samt at huggingen ville kunne få klimamessige konsekvenser. Det er derfor vanskelig å konkludere med at vedtaket ville blitt det samme dersom det forelå kunnskap om

miljøvirkningene. Mye taler for at det er mer enn en fjerntliggende mulighet for at vedtaket kunne blitt annerledes. Selv om kommunen anfører at planen ville blitt vedtatt uansett, kan det tenkes at en konsekvensutredning ville ført til press fra andre myndigheter om at planområdet ble endret, eller at det ble fastsatt planbestemmelser som i større grad sikret at det ble tatt hensyn til naturverdiene.

Når man konkluderer med at vedtaket ikke kan anses som gyldig etter § 41, er spørsmålet om det er ugyldig etter den ulovfestede ugyldighetslæren. Det klare utgangspunktet er at vedtaket er ugyldig når det er begått saksbehandlingsfeil. I enkelte tilfeller kan vedtaket likevel anses som gyldig dersom det er særlige hensyn som taler for et slikt resultat. Det avgjørende momentet er konsekvensene av at vedtaket blir opphevet. Partens innrettelseshensyn må tillegges stor vekt. I vår sak foreligger det ingen opplysninger om at utbyggingen har startet, og innrettelseshensyn gjør seg således ikke gjeldende. Studentene bør derfor raskt komme til at vedtaket er ugyldig.

Det må forventes at studentene kjenner til Huseby-dommen, og evt. Reinøy-dommen. Det som skiller den gode fra den mindre gode besvarelse, er om dommen brukes aktivt som en kilde i tolkningen og anvendelsen av § 41. Særlig bør de siterte avsnittene fra Huseby-dommen behandles. Hva de lander på er uten betydning. Det er, som alltid, veien til konklusjonen som er avgjørende i bedømmelsen.

De som finner at saksbehandlingen ikke tilfredsstillende de krav som følger av plandirektivet eller direktiv 2014/52/EU, må ta stilling til betydningen av EU-domstolens avgjørelse i sak C-24/19 A. m.fl. for den videre behandlingen av planen. De sentrale avsnittene i dommen er gjengitt i oppgaven. Det kan også tenkes at noen drøfter denne problemstillingen basert på en forutsetning om at saksbehandlingen ikke tilfredsstillende plandirektivets krav. Studentene bør her påpeke at målsettingen om at EØS-avtalen skal gi grunnlag for de samme regler som de som gjelder i EU på det området avtalen dekker, tilsier at det bare er der karakteristika ved EØS-samarbeidet tilsier en annen regel enn den som gjelder i EU, at EØS-regelen også er en annen. Grunnlaget for homogenitetsmålsettingen ligger i EØS-avtalens artikkel 1 og fortalens pkt. 15, og de som også viser til Rt. 2000 s. 1811, Finanger I, særlig s. 1827, HR-2016-2554-P, forente saker E-9 og E-10/07 L'Oréal, avsnittene 27 til 29, eller andre avgjørelser fra Høyesterett og EFTA-domstolen der homogenitetsmålsettingen fremheves, må honoreres for det.

Det er lite som tilsier at EØS-retten stiller andre og lempeligere krav til nasjonale myndigheter der plandirektivet er brutt enn EU-retten gjør, og spørsmålet blir hvordan EU-domstolens avgjørelse i sak C-24/19 A m.fl. påvirker vurderingene etter den ulovfestede ugyldighetslæren i norsk rett. Her er det rom for flere oppfatninger, men det kan synes som det etter EØS-retten er en noe kortere vei til ugyldighet enn den som ble trukket opp i Rt. 2009 s. 661 (Huseby eller Amerikanske ambassade). Som det fremgår av saksnummeret, er dommen fra EU-domstolen fersk (dom falt 25. juni 2020). Det legges til grunn at den ikke er behandlet i undervisningen, og at kandidatene derfor først blir kjent med dommen på eksamensbordet. Det er derfor ingen grunn til å forvente skarpsindige analyser av implikasjonene av den. De som avviser den som irrelevant fordi den er avsagt etter undertegningen av EØS-avtalen, demonstrerer imidlertid grunnleggende mangel på forståelse for EØS-avtalens system, og må tåle trekk for det.

---

Denne sensorveiledningen viser at det er rom for omfattende drøftelser av tidvis vanskelige spørsmål. I tillegg gir oppgaven grunnlag for å drøfte mange spørsmål. Det er derfor all grunn til

å minne om dekanvedtakets krav om at enhver tvil om karakteren skal falle ut til kandidatens fordel.

**Merknad etter sensormøtet:** Det er mange som har fått tidsnød på denne oppgaven, og det vil bli hensyntatt i bedømmelsen. Samtidig har mange brukt uforholdsmessig mye plass på både del I og på drøftelsen av gyldighet etter fvl. § 41 under del II. Dette er nok de spørsmålene studentene er mest fortrolige med, og de kan ha prioritert å vise sine ferdigheter der de er trygge på egen kunnskap. Selv om oppgaven er omfattende, er en vesentlig del av testen å evne å skille mellom hva som kan slås fast nokså kort og hvor det er nødvendig med noe mer grundige drøftelser. Herunder består en vesentlig del av testen i å evne å disponere tiden hensiktsmessig. De kandidatene som har fått best uttelling på denne oppgaven har stort sett svart kort på både del I og under drøftelsen av fvl. § 41. Disse har dermed fått tid til å foreta kildesøk og besvare de spørsmålene som må anses som noe vanskeligere. Sensorene er enige om at det er vanskelig å kunne få A eller B dersom sentrale anførsler under del II ikke er behandlet. Dette gjelder særlig dersom unnlåtelsen etterlater et inntrykk av at et eller flere fagområder er «puffet».

Nikolai K. Winge

Asker - 25. november 2020

Sensorveiledningen er justert i lys av diskusjonene på sensormøtet 5. januar av Nikolai K. Winge og Finn Arnesen.